Offres anormalement basses : mauvaise réponse à une bonne question

Par un arrêt du 15 octobre 2014, le Conseil d'État apporte des précisions intéressantes sur le caractère effectivement anormalement bas d'une offre au regard des réponses apportées par le candidat auteur de l'offre à une demande de précision de l'acheteur public.

Phénomène autrefois résiduel, la présentation d'offres anormalement basses tend aujourd'hui à se banaliser en raison principalement de la dégradation durable de la conjoncture économique qui peut renforcer la tendance des acheteurs publics à privilégier le critère prix dans l'attribution des contrats publics et par voie de conséquence inciter les entreprises à améliorer encore la compétitivité prix de leur offre, au risque alors de formuler des propositions structurellement déficitaires.

Il n'est donc pas étonnant, dans ce contexte, que l'année 2013 ait donné lieu à plusieurs décisions de principe sur les modalités d'identification des offres anormalement basses.

Elles ont été l'occasion de préciser le texte de l'article 55 du Code des marchés publics qui ne donne aucune définition opérante de la notion d'offre anormalement basse[1].

Après avoir rappelé qu'une offre est anormalement basse lorsque son prix est « manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché »[2], le Conseil d'État a simplifié le travail des pouvoirs adjudicateurs en précisant que ces derniers n'étaient pas contraints de poser de question spécifique à l'auteur de l'offre, et pouvaient se borner à l'interroger de manière générale sur le niveau de sa proposition de prix.

La Haute juridiction a également eu l'occasion d'apporter d'utiles précisions sur la qualification à donner à une

Auteur

Vincent Michelin et Christophe Cabanes
Avocats associés – Selarl Cabanes-Neveu et Associés

Références

CE 15 octobre 2014, Communauté urbaine de Lille Métropole, req. n° 378434

Mots clés

Analyse globale • Erreur manifeste d'appréciation • Offre anormalement basse

(1) L'article 55 alinéa 1er, du Code des marchés publics se borne à préciser que « si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi ».

(2) CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur, req. n° 366606.

offre fondée sur une logique d'économies d'échelles par le regroupement de plusieurs interventions[3].

De son côté, la cour administrative d'appel de Lyon a pu retenir que la circonstance qu'une offre était inférieure d'environ 26 % à la moyenne des autres offres constituait « un indice permettant de suspecter une offre d'anormalement basse », mais était insuffisante pour caractériser, à elle-seule, le caractère anormalement bas de l'offre, qui doit également être apprécié au regard des justifications apportées par le candidat[4].

C'est dans ce contexte que par un arrêt en date du 15 octobre 2014[5], le Conseil d'État a rendu une intéressante décision qui apporte d'utiles précisions sur le caractère effectivement anormalement bas d'une offre au regard des réponses apportées par le candidat auteur de l'offre à une demande de précision de la personne publique.

Selon une logique similaire à celle de l'arrêt Département du Gard[6] cette décision devrait permettre de faciliter le maniement par les acheteurs publics d'une méthode de détection jusque-là anormalement complexe.

Modalités d'identification des offres anormalement basses

Rappelons tout d'abord qu'une offre « peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Une telle offre est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base »[7].

En la matière, le juge administratif exerce un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation[8].

En l'état actuel du droit, la caractérisation d'une offre anormalement basse ne semble pouvoir s'effectuer que sur la base d'un faisceau d'indices :

– (i) l'écart moyen des prix constatés par rapport aux offres des candidats concurrents[9] ;

– (ii) l'écart entre l'offre de prix et l'estimation prévisionnelle de la collectivité[10], pour autant que cette dernière soit sincère et présente un caractère réaliste[11] ;

– (iii) la comparaison avec les prix habituellement pratiqués dans le secteur d'activité[12] ;

– (iv) la comparaison avec les prix habituellement pratiqués par l'auteur de l'offre lui-même[13] ;

– (v) l'analyse d'éléments intrinsèques de l'offre, et notamment la démonstration de ce que celle-ci est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base[14].

En complément de l'analyse des éléments « extrinsèques » précités, rien n'interdit aux acheteurs publics d'analyser, poste de prix par poste prix, l'ensemble des prix proposés par le candidat, afin de vérifier si certains d'entre eux ont, ou non, été manifestement sous-évalués.

Une telle méthode ne remet en rien en cause le principe de l'analyse globale de l'offre[15].

Au contraire, elle y participe même, et paraît du reste pleinement conforme à la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle une offre peut être qualifiée d'anormalement basse lorsque « le prix en cause [est] en lui-même manifestement sous-évalué, et ce faisant, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché »[16].

D'ailleurs, le rapporteur public Bertrand Da Costa, dans ses conclusions sous l'arrêt précité Département du Gard, semblait même admettre qu'une personne publique puisse, dans certaines circonstances, être « tenue de cibler ses interrogations » sur certains prix de l'offre à l'appui d'une demande de justification[17].

En clair, l'analyse globale de la viabilité économique d'une offre n'empêche en rien le pouvoir adjudicateur

(3) CE 17 juillet 2013, Ministère de la Défense, req. n° 364827.

(4) CAA Lyon 5 décembre 2013, Société Arnaud Démolition, req. n° 12LY01142.

(5) CE 15 octobre 2014, Communauté urbaine de Lille Métropole, req. n° 378434.

(6) CE 29 octobre 2013, Département du Gard, req. n° 371233.

(7) Circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C), relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

(8) CE 29 janvier 2003, Département d'Ille-et-Vilaine, req. n° 208096. V. également, pour le juge des référés : TA Lyon 18 mai 2009, Société ISOBASE, n° 0902570 ; TA Paris 24 juillet 2009, Société ISOTHERMA, n° 0911073 – Pour le juge du fond : TA Orléans 26 juin 2009, SA CARS, BOSCHERS, n° 0803558-5.

(9) CAA Marseille 12 juin 2006, SARL Stand Azur, req. n° 03MA02139 : une offre inférieure de 40 % aux autres propositions des candidats a été considérée comme anormalement basse ; TA Paris 24 juillet 2009, Société ISOTHERMA, n° 0911073, qui retient également le caractère anormalement basse d'une offre inférieure de 21 % à l'offre de la société attributaire.

(10) TA Paris 24 juillet 2009, *op. cit.*, qui retient le caractère anormalement d'une offre inférieure de 21 % à l'offre de la société attributaire.

(11) TA Lille 19 mai 2011, Sté Coved, n° 1102497.

(12) TA Cergy-Pontoise 18 février 2011, SCP Claisse et Associés, n° 1100716.

(13) *Ibid.*

(14) CE 29 janvier 2003, Département d'Ille-et-Vilaine, req. n° 208096 – Plus récemment : TA Lille 25 janvier 2011, Soc. Nouvelle SAEE, n° 0800408 : « une offre anormalement basse est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base ».

(15) L'identification d'une offre anormalement basse doit en effet résulter d'une analyse globale de l'offre en litige, et non de la seule analyse de certains postes de prix : voir TA Versailles, Ord. 18 novembre 2008, Société EGS et SPELCO, n° 0810317 ; TA Marseille, 1er avril 2010, Sté Alpha Service, *Contrats et marchés publics*, n° 251 ; TA Marseille 13 mars 2012, Société Pirelli et C. Eco technology, n° 1005468.

(16) CE 29 mai 2013, Ministère de l'Intérieur, precité.

(17) Concl. B. Da Costa sous CE 29 octobre 2013, Département du Gard, req. n° 371233, *BJCP* n° 92, p. 60.

de s'intéresser plus particulièrement à certains de ses sous-détails de prix, a fortiori quand il a pu constater au préalable que le montant de ladite offre était sensiblement inférieur à ses estimations prévisionnelles et à la moyenne des autres offres d'autre part.

En tout état de cause, après avoir identifié une offre susceptible d'être anormalement basse, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des explications à son auteur et d'en apprécier la pertinence, afin de prendre une décision d'admission ou de rejet. Cette procédure contradictoire ne relève pas d'une simple faculté, mais constitue une véritable obligation[18].

L'apport de l'arrêt du Conseil d'État du 15 octobre 2014

C'est précisément ce travail d'analyse qu'avait réalisé la communauté urbaine de Lille Métropole à l'occasion de l'examen de l'offre d'un candidat à l'attribution d'un marché de travaux et d'entretien d'immeubles dont il était le titulaire sortant.

Après avoir relevé que cette offre était inférieure de plus 70 % à la moyenne des autres offres et à l'estimation prévisionnelle du pouvoir adjudicateur (analyse d'éléments « extrinsèques » de l'offre), et qu'elle comportait 74 prix sur 135 du bordereau des prix unitaires renseignés à 1 ou 2 euros pour des prestations pourtant conséquentes (analyse d'éléments « intrinsèques » de l'offre), la communauté urbaine a décidé d'interroger le candidat sur chacun desdits prix considérés comme manifestement sous-évalués.

En réponse, le candidat a justifié la viabilité économique de son offre par la seule circonstance qu'il exécutait précédemment, en sa qualité de titulaire sortant, les prestations objets du marché à des prix similaires.

Validant ce raisonnement, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lille a annulé la procédure de passation lancée par la communauté urbaine au motif pris que cette dernière avait qualifié, à tort, l'offre du candidat d'anormalement basse.

Selon le juge de première instance, la démonstration de la capacité de l'entreprise à exécuter convenablement un marché similaire aux mêmes conditions économiques permettait d'établir le caractère réaliste de son offre, et donc, d'écarter son caractère anormalement bas.

Ce raisonnement a été censuré par le Conseil d'État.

La Haute juridiction a en effet considéré que : « Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que, par courriers du 24 janvier 2004, la communauté urbaine de Lille a, conformément aux dispositions de l'article 55 du code des marchés publics précité, informé les deux sociétés requérantes que leurs offres, dont elle avait constaté qu'elles étaient largement inférieures à ses propres estimations ainsi qu'à la moyenne des offres des autres candidats et que certains des prix unitaires qui les composaient étaient inférieurs au prix de revient, étaient susceptibles d'être qualifiées d'anormalement basses et qui leur appartenait, dès lors, d'apporter les précisions et justifications de nature à expliquer un nombre significatif des prix composant l'offre ; que, pour justifier les prix proposés, les deux sociétés requérantes se sont bornées à mettre en avant leur longue expérience et leur qualité de précédent titulaire du marché sans répondre aux demandes précises formulées par le pouvoir adjudicateur ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la communauté urbaine de Lille n'a pas, en écartant les offres des sociétés Bruno Vanmarcke et Vanmarcke comme anormalement basses, commis une erreur manifeste d'appréciation ».

Cette solution semble logique, car admettre qu'une entreprise puisse justifier un prix suspecté d'être anormalement bas par sa seule qualité de précédent titulaire du marché reviendrait à priver d'effet les dispositions de l'article 55 du Code des marchés publics, le sortant pouvant alors, au seul motif de sa bonne connaissance du marché et sans risque de se voir sanctionner, proposer des prix manifestement sous-évalués.

Il y aurait là une violation manifeste des principes fondamentaux de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Selon une logique similaire, la cour administrative d'appel de Paris, par une décision du 6 mai 2014, avait précédemment jugé que « la circonstance que l'association requérante était titulaire du précédent marché passé pour des prestations de même nature que celles du marché en cause est, à cet égard, sans incidence sur ses obligations en qualité de candidate à l'attribution d'un nouveau marché »[19].

Et c'est encore, nous semble-t-il, selon cette même logique que le rapporteur public B. Da Costa avait relevé dans ses conclusions sous l'arrêt Département du Gard que : « Interrogée par le département, l'agence a évoqué, pour l'essentiel, des considérations d'ordre général sur ses modes de fabrication et conteste économique difficile. Elle a également fait valoir que certains marchés de maîtrise d'œuvre étaient attribués avec des taux inférieurs à 6 % ; mais ils portaient sur des bâtiments uniques. [...]. Compte tenu de l'ampleur de la complexité de la mission, et en l'absence de justifications probantes, la collectivité n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'offre était anormalement basse »[20].

Dans le même sens toujours, le rapporteur public Gilles Pelissier, dans ses conclusions sous l'arrêt Département de l'Isère et Sté des Cars Philibert, indiquait : « Le pouvoir adjudicateur confronté à une offre excessivement

(18) Voir sur cette question : F. Llorens, « Offres anormalement basses : mode d'emploi du dispositif de l'article 55 du Code des marchés publics », *Contrats et Marchés publics* n° 5, mai 2011, comm. 143.

(19) CAA Paris 6 mai 2014, Association Frate Formation conseil, req. n° 11PA01533.

(20) Concl. B. Da costa sous CE 29 octobre 2013, Département du Gard, req. n° 371233, *BJCP* n° 92, p. 60.

avantageuse par rapport à celles de ses concurrents ou au regard de ses propres estimations doit vérifier, en interrogeant le candidat, qu'elle est économiquement viable. Il décide de la rejeter ou de la retenir au vu des explications produites par le candidat, qui doivent donc être à même de le rassurer sur sa capacité à réaliser le marché aux conditions qu'il propose »[21].

La pertinence des explications apportées par un candidat en réponse à une demande de justification d'une offre suspectée d'être anormalement basse est donc bien déterminante dans la décision – de rejet, ou non – que doit prendre l'acheteur public.

Or, si le candidat s'abstient d'apporter les justifications demandées, ou s'il se borne, comme en l'espèce, à alléguer de sa seule qualité de titulaire sortant, sans jamais tenter d'établir par d'autres moyens la viabilité économique de son offre, et – circonstance aggravante – cela alors même que des questions précises et du reste légitimes lui avaient été adressées sur plus de 70 postes de prix chiffrés à 1 ou 2 euros, que peut faire le pouvoir adjudicateur sinon rejeter l'offre comme anormalement basse ?

Le Conseil d'État rappelle bien, ici, que l'erreur manifeste d'appréciation aurait été de retenir cette offre, et non l'inverse.

(21) Conclusions sous CE 25 octobre 2013, Département de l'Isère, req. n° 370573.